

UNA VEZ MÁS: SOBRE EL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DEL HECHO DE CONCIENCIA *

Claus Roxin **

Resumen: El presente escrito hace referencia a la discusión sobre las consecuencias del derecho fundamental a la libertad de conciencia en el derecho penal. En especial se analizan las diferentes posturas que existen en la doctrina sobre el tratamiento jurídico-penal de los hechos de conciencia: las posibilidades de justificación, de exculpación y de atenuación. Asimismo se presentan nuevos argumentos a favor de una posible exculpación por ausencia de necesidad preventiva de punición (*Entschuldigung beim Fehlen einer präventiven Bestrafungsnotwendigkeit*) y se contrasta esta postura con las sustentadas por Jorge Figueiredo Dias y Wolfgang Frisch.

Palabras clave: Libertad de conciencia; Manifestación de conciencia; Hecho de conciencia; Hecho de convicción; Alternativas neutrales; Límites inma-

* Título original: "Noch einmal: Zur strafrechtlichen Behandlung der Gewissenstat", publicado en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 2011, pp. 1-18, y en el Libro Homenaje al Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias, v. ii, Coimbra, 2009, pp. 863-887, trad. al portugués del Dr. Luis Greco. Se publica con las autorizaciones respectivas. Traducción de Diego Fernando Tarapué Sandino, LL.M. (Göttingen), doctorando en Derecho de la Universidad de Göttingen (Alemania) y docente de la Universidad Santiago de Cali. E-mail: tarapues@gmail.com. Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2013. Fecha de modificación: 16 de mayo de 2014. Fecha de aprobación: 2 de julio de 2014. Para citar el artículo: Claus Roxin. "Una vez más: sobre el tratamiento jurídico-penal del hecho de conciencia", Diego Fernando Tarapué Sandino (trad.), *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 35, n.º 98, enero-junio de 2014, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 13-38.

** Catedrático emérito de la Universidad de Múnich. E-mail: claus@roxin.de

nentes de los derechos fundamentales; Necesidad preventiva de punición; Culpabilidad, exculpación.

ONCE AGAIN: ABOUT THE EFFECTS OF FREEDOM OF CONSCIENCE IN CRIMINAL LAW

Abstract: This article deals with the effects of the fundamental right of freedom of conscience in criminal law issues. The different doctrinal approaches towards the freedom of conscience in criminal law are analyzed: by way of a cause of justification, excuse or mitigating. In addition are developed new arguments in favour of a possible excuse owing to an absence of preventive need for punishment (*Entschuldigung beim Fehlen einer präventiven Bestrafungsnotwendigkeit*) and this opinion is opposed to Figueiredo Dias's and Frisch's approaches.

Keywords: Freedom of conscience; Demonstration of conscience; Fact of conscience; Fact of convictions; Neutral alternatives; Immanent limits of fundamental rights; Preventive need for punishment; Guilt; Excuse.

INTRODUCCIÓN

Jorge de Figueiredo Dias es uno de los grandes penalistas de nuestro tiempo. Ha contribuido de manera decisiva a dar forma al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal portugueses. Ambas codificaciones hacen parte de las más modernas y avanzadas de Europa y pueden proporcionar sugerencias orientadoras al derecho penal y procesal penal comunitario europeo que se desarrolla paulatinamente. Es autor de una "Parte general" del derecho penal, cuyo primer tomo, del cual se publicó una segunda edición en 2007, comprende en sus más de mil páginas los fundamentos y la dogmática completa de la parte general. El libro tiene en cuenta de manera profunda no solo la literatura portuguesa, sino también la española, la italiana y la alemana, y, en lo concerniente a la teoría general del delito, constituye una obra referente que merece atención a nivel mundial. Fuera de eso, hay que sumar un *Manual de derecho procesal penal* así como también importantes monografías y numerosos estudios sobre temas de todas las áreas de la ciencia del derecho penal en conjunto.

Se trata de una obra realizada a lo largo de su vida, digna de elevada admiración. Considero una de las ocurrencias más afortunadas de mi carrera el hecho de que, desde hace décadas, he podido tener un estrecho vínculo científico y de amistad personal con el admirado colega Figueiredo Dias. El doctorado *honoris causa* que recibiera en Coimbra (1991), cuyo responsable fue él, permanece para siempre como un inolvidable punto de referencia en mi vida. Desde entonces hemos mantenido siempre contacto y nos hemos visto con frecuencia, la última ocasión en la conmemoración

—hecha en su homenaje— de los veinticinco años del Código de Procedimiento Penal portugués, en marzo de 2007 en Braga.

En sus artículos, Figueiredo Dias se dedica principalmente a problemas fundamentales de nuestra ciencia, lo cual aplica también para el artículo con el cual contribuyó al libro homenaje dedicado en mi nombre en el año 2001¹. Se trata de una discusión sobre mi trabajo relacionado con “El hecho de conciencia como causa de exención de la pena” (*Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*) publicado en 1988². Ambos llegamos a la misma conclusión: un hecho de conciencia que implica la realización de un tipo penal no puede ser justificado, pero puede llevar a la exculpación en casos extraordinarios y con ello a la exención de la pena. Sin embargo, nuestra fundamentación de esta conclusión va por caminos muy diferentes. Esta circunstancia, y el hecho de poderles compartir a mis lectores portugueses una serie de nuevas y controvertidas posturas en la literatura alemana, me motivaron a retomar el tema y a dar continuidad a la discusión sobre un interesante problema fundamental de nuestro derecho penal.

I. LAS POSIBLES CONSECUENCIAS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN EL DERECHO PENAL

El artículo 4.º párrafo 1.º de la Ley Fundamental (GG = Constitución alemana) señala: “La libertad de creencia, de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables”. De ello se pueden derivar dos conclusiones, una indiscutible y la otra muy controvertida en sus detalles.

A. El deber de crear alternativas neutrales frente a la conciencia en tanto sea posible

Hoy en día es indiscutible³ que el derecho fundamental a la libertad de conciencia obliga al Estado a crear —en la medida de lo posible— una alternativa neutral frente a la conciencia para aquellos conflictos de conciencia que son tipificables, es decir, aquellos que ocurren con mayor frecuencia. Esto ha sido realizado en gran medida por el legislador alemán. El médico que por motivos de conciencia se rehúsa a participar en un procedimiento de aborto debe ser reemplazado por otro médico en tanto eso sea posible (art. 2.º de la 5.ª Ley de Reforma de Derecho Penal). A quien su conciencia le prohíba realizar un juramento, en lugar de ello podrá reafirmar su

1 Figueiredo Dias. “Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldaußschluss”, *Festschrift für Roxin*, 2001, pp. 531-548.

2 Roxin. *Festschrift für Mainhofer*, 1988, pp. 389-411.

3 Figueiredo Dias (*supra* n. 1), p. 539, también habla de un “consenso total”.

declaración “en conocimiento de la responsabilidad ante el juicio” (§ 65 del Código de Procedimiento Penal [StPO]). Quien objeta, por razones de conciencia motivadas por su religión, la autorización para una transfusión de sangre necesaria para salvar la vida de su hijo, no será punido porque la autorización puede ser remplazada por el nombramiento de un tutor o, en caso de ser necesario, por medio de una actuación en estado de necesidad por parte del médico. Quien por motivos de conciencia no esté dispuesto a prestar el servicio militar o incluso el servicio civil sustitutorio puede hacerlo en un hospital, en un sanatorio o en un ancianato (§ 15 a de la Ley de Servicio Sustitutivo [*Ersatzdienstgesetz*]). Si ciertas formas de sacrificar animales consideradas necesarias por la religión contrarían la Ley de Protección a los Animales (*Tierschutzgesetz*), se le puede asegurar al creyente la libertad de actuar conforme a su conciencia por medio de una licencia excepcional (§ 4 a ii de la *Tierschutzgesetz*).

B. Las consecuencias jurídicas de actuar de acuerdo a la conciencia en los casos no regulados por la ley

Es claro que en la gran mayoría de los casos las soluciones legales a tales conflictos son como las anteriormente expuestas, las cuales posibilitan la libertad garantizada en la ley fundamental de actuar conforme a la conciencia. Pero también hay situaciones en las que el legislador (aún) no ha actuado, o en las que no puede actuar debido a la carencia de una alternativa neutral frente a la conciencia o a la singularidad de las circunstancias del caso, en las cuales, no obstante, se debe tomar en consideración una exención de la pena del autor de conciencia por lo menos en algunos casos. Quiero nombrar un par de ejemplos sin tomar aún postura frente a la posibilidad de una exención de la pena. Estos ejemplos deben servir para ilustrar la posterior discusión del problema.

¿Se debe punir por homicidio a petición de la víctima (§ 216 del Código Penal [StGB]) aquel que, atendiendo al dictado de su conciencia producto del fervoroso pedido de la víctima, mata a un paciente completamente paralítico que por sí mismo no puede poner fin a su propia vida? ¿Tiene que ser punido aquél que por razones de conciencia motivadas por su religión se niega a una vacunación obligatoria que es sancionable penalmente? ¿Debe ser punido por violación de domicilio (§ 123 del StGB) aquel que impulsado por su conciencia se manifiesta a favor de la paz mundial por medio de la irrupción —en razón del efecto simbólico de tal hecho— en terreno de un cuartel abandonado y, extendiendo una pancarta que clama por la paz, deja pastar a un rebaño de ovejas? ¿Se debe punir por el uso no autorizado de una bicicleta (§ 248b del StGB) a aquél que utiliza una bicicleta ajena, y que a la vez asume el cuidado de devolverla tan pronto deja de usarla, porque su conciencia le exige que llegue a tiempo a una actividad religiosa? ¿Debe ser punido por injuria (§ 185 del StGB) un creyente musulmán que responde con una injuria verbal a una crítica satírica al profeta, dado que su conciencia religiosa no le permite dejar sin respuesta un sacrílego de tal naturaleza?

El punto de partida para la solución de tales problemas son dos presupuestos esencialmente incontrovertibles hoy en día en la discusión alemana.

a) *Un hecho de conciencia tiene presupuestos considerablemente más exigentes que un hecho de convicción*

En primer lugar, una decisión de conciencia representa más que cualquier convicción personal⁴, incluso que la más fuerte de ellas⁵. Una convicción se orienta conforme a los criterios de “correcto” y “errado”. En cambio, una decisión de conciencia requiere una “decisión seria, moral, es decir, orientada según las categorías de “bien” y “mal” [...], que el individuo experimenta en su interior como vinculante para sí mismo e incondicionalmente obligatoria ante una situación determinada, de modo que él no puede contrariarla sin tener un serio problema de conciencia”⁶. De ahí que la decisión de conciencia no puede someterse a ninguna valoración de contenido, como también lo reconoce la jurisprudencia constitucional alemana⁷. Depende solamente del sentimiento subjetivo de estar incondicionalmente obligado.

b) *Una exención de la pena no entra en consideración cuando el hecho de conciencia sobrepasa los límites inmanentes del derecho fundamental*

En segundo lugar, existe consenso sobre el hecho de que cuando una decisión de conciencia lleva a acciones típicas jurídico-penalmente relevantes, en absoluto puede conducir, siempre, o bien en la mayoría de los casos, a una exención de la pena. El artículo 4.º de la Ley Fundamental, que, de acuerdo con la opinión unánime actual, comprende en su esfera de protección no solo el *forum internum*⁸ sino también la libertad de actuación conforme a la conciencia⁹, no prevé ninguna limitación expresa para la libertad de conciencia; pero esta libertad está sujeta a límites inmanentes, los cuales resultan del sistema de valores de la Constitución y ante todo de la necesidad de respetar otros derechos fundamentales. Por eso es claro que, por ejemplo, actos terroristas, homicidios por cuestiones de “honor” o la muerte de herejes no pueden tener una exención de la pena invocando el respeto de la conciencia de los actantes. Sin embargo, es controvertido, y aún no suficientemente claro, cómo los límites

4 Así también Figueiredo Dias (*supra* n. 1), pp. 531 y ss.

5 Más detalles sobre la distinción y la delimitación en Radtke. “Überlegungen zum Verhältnis von ‘zivilem Ungehorsam’ zur ‘Gewissenstat’”, GA 2000, pp. 19-39.

6 BVerfGE 12, 45 y ss. (p. 55). Esta decisión del Tribunal Constitucional es reconocida de manera general por la doctrina alemana.

7 Al respecto, de manera detallada Roxin (*supra* n. 2), p. 392; de forma idéntica también Figueiredo Dias (*supra* n. 1), p. 535.

8 Al respecto, en detalle Roxin (*supra* n. 2), p. 395.

9 Así también Figueiredo Dias (*supra* n. 1), p. 535.

inmanentes a la actuación de la libertad de conciencia deberán ser trazados en casos concretos más allá de dichos ejemplos drásticos.

Sobre la base de estos presupuestos es posible responder de tres formas diferentes a la pregunta concerniente a la punibilidad de decisiones de conciencia similares a los ejemplos arriba mencionados: primero, se puede defender una justificación de ciertos hechos condicionados a la conciencia siempre y cuando no sobrepasen los límites inmanentes de la libertad de actuación conforme a la conciencia (iii); segundo, si bien se pueden declarar como antijurídicos todos los hechos de conciencia penalmente típicos, es posible admitir una exculpación para aquellos actos que aún estén cubiertos por el artículo 4.º de la Ley Fundamental. Dicha exculpación es sustentada por sus defensores mediante diferentes razones, las cuales tienen que ser examinadas detalladamente en su fundamento (iv), y tercero, se puede rechazar tanto la justificación como la exculpación, defendiendo la punibilidad en todos los casos, al ver en las prescripciones penales un límite absoluto a la libertad de conciencia. De allí que la posibilidad de una atenuación de la pena o de sobreseimiento quede intacta (v). Cada una de estas tres posiciones tiene defensores en la doctrina y serán tratadas a continuación de manera sucesiva.

II. ¿SE PUEDE JUSTIFICAR UN HECHO DE CONCIENCIA PENALMENTE TÍPICO?

El supuesto de que un hecho jurídico-penalmente prohibido pueda ser justificado cuando se presenta como un hecho de conciencia, fue defendido a menudo en la literatura más antigua¹⁰, e incluso también en las últimas décadas ha encontrado nuevamente adeptos. Este supuesto se basa en la aceptación de que tales hechos se encuentran comprendidos en la esfera de protección del artículo 4.º parágrafo 1.º de la Ley Fundamental. Por otra parte, Böse¹¹ recurre al estado de necesidad justificante (§ 34 del StGB), pero esto no funda ninguna diferencia en el asunto, porque la preponderancia esencial del interés del autor, que se exige como presupuesto para una justificación por estado de necesidad, si acaso puede derivarse del valor de la libertad de conciencia. De lo contrario, no se necesitaría invocar la conciencia para fundamentar la justificación.

La solución por medio de la justificación se fundamenta esencialmente en un único –aunque a primera vista convincente– argumento: el de que el ejercicio de un derecho fundamental no puede ser contrario a derecho. Figueiredo Dias, el ho-

10 Al respecto Roxin (*supra* n. 2), p. 405.

11 Böse. “Die Glaubens und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere § 34 StGB)”, ZStW 113 (2001), pp. 40 y ss. (pp. 46 y ss.).

menajeado, defiende la opinión¹² de que si las manifestaciones de la libertad de conciencia están cubiertas por el ámbito de aplicación de un derecho fundamental protegido constitucionalmente, tienen que ser consideradas como “derechos de acción en sentido estricto”. Para ello se remite a “más de un siglo de reflexiones teóricas en el derecho penal”, y considera que por medio de cualquier otra concepción se ponen en peligro “puntos fundamentales de la dogmática y del sistema de la teoría del delito”¹³. Frisch¹⁴ consideraba en 2005 que no se puede “dudar seriamente de que a la decisión de dar primacía a un comportamiento externo compatible con la conciencia le es inherente simultáneamente su calificación como lícita”. Asimismo, Rönnau¹⁵ escribe en la nueva edición del *Leipziger Kommentar*, el más grande de nuestros comentarios al StGB: “Según el principio de la unidad (mejor aún: de la inexistencia de contradicciones) del ordenamiento jurídico, un comportamiento lícito soportado en un derecho fundamental (aquí: art. 4.º de la Ley Fundamental) no puede ser considerado penalmente ilícito”. También la monografía de Höcker¹⁶ aboga a favor de una justificación.

Aunque la mayoría de los autores –recientemente, al igual que antes– defiende la posición de que un hecho de conciencia penalmente típico podrá, en el mejor de los casos –es decir, siempre y cuando no sobrepase los límites inmanentes de la libertad de actuar conforme a la conciencia–, ser exculpado. Kühl¹⁷ incluso dice: “Existe amplio consenso [...] en el rechazo de una causal de justificación derivada del artículo 4.º de la Ley Fundamental”. Defiende, como también yo lo hago¹⁸, la posibilidad de una exculpación. Schlehofer y Paeffgen también sostienen la misma posición en dos nuevos grandes comentarios, el *Münchener Kommentar* y el *Nomos-Kommentar*¹⁹. Haciendo hincapié en mis manifestaciones al respecto, Tenckhoff²⁰ enfatiza que “El privilegio de no ser coaccionado por medio de una amenaza de pena a actuar en contra de la propia conciencia reivindica, en todo caso, un derecho de que sea tolerado, más no legalizado, el punto de vista disidente”. Y Frisch, quien en

12 Figueiredo Dias (*supra* n. 1), p. 533.

13 Sin embargo, él quiere evitar una justificación y plantea una “desconstitucionalización” del problema al buscar posibilidades de exculpación por fuera de la Constitución.

14 Frisch. “Grundrecht der Gewissensfreiheit und Gewissensdruck im Strafrecht, Festgabe für Roxin”, *GA* 2006, pp. 273 y ss. (p. 277).

15 Rönnau. “Leipziger Kommentar”, *StGB*, 12.ª ed., 2006, vor § 32, nm. 366.

16 Höcker. *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und seine Auswirkungen im Strafrecht*, 2000, pp. 54 y ss., y p. 68.

17 Kühl. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 2005, § 12, nm. 114.

18 Roxin (*supra* n. 2), pp. 405 y ss.; Roxin. “Strafrecht, Allgemeiner Teil”, *Bd. i*, 4.ª ed., 2006, § 22, nm. 21 y ss.

19 Schlehofer. *Münchener Kommentar*, 2003, vor §§ 32 ff., nm. 208; Paeffgen. *Nomos-Kommentar*, 2.ª ed., 2005, vor §§ 32–35, nm. 297.

20 Tenckhoff. *Strafrecht und abweichende Gewissenstentscheidung, Festschrift für Rauscher*, 1993, pp. 432 y ss. (p. 448).

2005 no tenía ninguna duda seria en cuanto a la viabilidad única de la solución por medio de la justificación, un año después²¹ dio marcha atrás y ahora manifiesta que “el ejercicio legal de la libertad de conciencia (encuentra) sus límites inmanentes (constitucionales)” en los derechos y en los bienes de terceros²².

Incluso, luego de reflexionar de manera reiterada acerca del tema, continuó considerando, al igual que antes, que es acertado rechazar la justificación de hechos de conciencia penalmente típicos. Para ello quiero aducir cuatro argumentos.

1. El ordenamiento jurídico debe fijar el mismo contenido legal para todos los ciudadanos. Si el Estado le concede a la conciencia individual competencia para crear derecho en un caso concreto, contrariaría todas las reglas del proceso legislativo democrático²³. Sin embargo, no se puede objetar que el artículo 4.º de la Ley Fundamental o el § 34 del StGB ofrecen una base legal para la juridicidad de hechos de conciencia penalmente típicos, pues estas normas no pueden determinar el contenido de las decisiones de conciencia ya que están basadas en una sensación inverificable de obligatoriedad interna y son ajenas a valoraciones cualitativas. El contenido de lo que se podría justificar quedaría así legalmente indeterminado del todo. Dicho de manera más fácil: no puede ser que algo que un individuo experimenta para sí mismo como obligatorio, sea tomado como un parámetro obligatorio para todos. Incluso un autor de conciencia razonable no querrá pretender un derecho a la “obligatoriedad general” de su decisión de conciencia altamente individual.

2. Lo que expuse con relación al aspecto de la legislación aplica igualmente desde la perspectiva del titular del bien jurídico afectado por un hecho de conciencia. De manera acertada, Frisch²⁴ resalta ahora el interés justificado del ciudadano y de la colectividad tanto en los derechos y bienes del individuo como de la comunidad. Rechaza que “todos estos derechos y bienes” solo sean garantizados “bajo la salvedad de que una decisión de conciencia no los quiera sacrificar”. Y haciendo hincapié en reflexiones sobre el papel de la legislación en la moderna teoría del discurso, enfatiza correctamente:

... ningún ser que razone estaría dispuesto a someter su derecho a la vida, a la integridad física o a la libertad a la reserva de que otros no tengan que intervenir en estos derechos para cumplir con los dictados de su conciencia – además, porque dicho derecho del tercero significaría incluso la imposibilidad de defenderse contra tales manifestaciones de la conciencia.

21 Frisch. *Gewissenstaten und Strafrecht, Festschrift für Schroeder*, 2006, pp. 11 y ss. (pp. 17 y ss.).

22 Su artículo anterior ni siquiera es mencionado ahora.

23 Al respecto, cfr. Roxin (*supra* n. 2), p. 405: eso sería una “abdicación del legislador y la institucionalización de la conciencia del individuo como soberano”.

24 Frisch (*supra* n. 21), p. 17.

Tal dificultad no pasó desapercibida a los defensores de la solución de la juridicidad de los hechos de conciencia que intentan eludirla minimizando el ámbito de aplicación de los hechos de conciencia conformes al derecho. Así, por ejemplo, Rönnau²⁵ considera que las intervenciones condicionadas por la conciencia, dirigidas contra bienes jurídicos individuales, nunca podrán ser tomadas como lícitas, incluso así sean pasajeras o ligeras. Lo mismo se desprende de Böse²⁶: “una intervención en los derechos de un particular, por regla general, no cumple con los requisitos del § 34 del StGB”.

Sin embargo, si así fuera, lo mismo debería valer para los bienes jurídicos de la colectividad, primeramente, porque también estos sirven en últimas a los intereses individuales (concepto personal de bien jurídico²⁷) y, en todo caso, no son de menor valor que los bienes jurídicos individuales; en segundo lugar, a modo de ejemplo, un policía que interviene contra un infractor de la ley para defender un bien jurídico no puede saber, por regla general, si se trata o no de un autor de conciencia, al cual tendría que permitirle lo que a los demás ciudadanos les tendría que prohibir. Justamente en los casos de demostraciones, bloqueos de vías, etc., en los cuales los hechos de conciencia pueden tener gran relevancia, se suprime con ello toda diafanidad jurídica.

Los defensores de la solución de la conformidad al derecho solo pueden evadir las dificultades mencionadas admitiendo que casi ningún caso en el que una manifestación de conciencia que realiza un tipo se encuentra en el ámbito de protección del artículo 4.º de la Ley Fundamental, o fundamenta un interés sustancialmente preponderante en el sentido del § 34 del StGB. Así pues, difícilmente se podrá asumir que llegarán a una justificación en cualquiera de los ejemplos que he mencionado al inicio, ya que, incluso, tampoco se traen a colación casos reales de justificación.

El aparente reconocimiento que la solución por medio de la justificación le confiere a las decisiones de conciencia se tergiversa hasta obtener lo contrario como consecuencia de su insignificancia práctica. Así, por ejemplo, Frisch²⁸ –cuando defendía esta solución– señalaba “que tales casos de justificación son raros y (debido al elevado rango de los bienes jurídicos penalmente protegidos) en la práctica jurídica solo podrían ser relevantes en un ámbito inferior al derecho penal”.

Cuando al defender la solución por medio de la justificación Rönnau²⁹ afirma que “si el hecho de conciencia se encuentra en el ámbito garantizado por el derecho fun-

25 Rönnau (*supra* n. 15), vor § 32, nm. 362.

26 Böse. *ZStW* 113 (2001), p. 60.

27 Al respecto Roxin (*supra* n. 18), *Strafrecht*, AT i, § 2, nm. 11.

28 Frisch. “Festgabe für Roxin”, *GA* 2006, p. 277.

29 Rönnau (*supra* n. 15), vor § 32, nm. 367, haciendo referencia a autores que argumentan de manera similar; de igual forma Böse. *ZStW* 113 (2001), p. 61.

damental, sería una violación a un derecho fundamental hablar de la antijuridicidad de tal hecho”, es posible objetarle que un autor de conciencia está mucho mejor servido con una exculpación, en donde simultáneamente hay una declaración de la antijuridicidad de su acción, que con una admisión teórica de la licitud, la cual en la práctica no se le concede a nadie. Aparte de esto, como ya se mencionó, el autor de conciencia no puede esperar, por razones de equidad, que su decisión altamente individual sea elevada a norma obligatoria para todos los demás ciudadanos.

3. Además hay que agregar lo señalado por Schlehofer³⁰, esto es, que la solución por medio de la justificación no es factible desde una perspectiva sistemática, puesto que lleva a contradicciones insolubles. Se refiere al caso que elaboré, en el cual alguien, por razones de conciencia, mata –por pedido de la propia víctima– a una persona que padece una grave enfermedad incurable y que por sí misma no puede poner fin a su propia vida, en donde, además, se concibe la intervención de un tercero que se opone al autor de conciencia y quiere impedir dicho homicidio también por razones de conciencia. Al respecto, Schlehofer concluye acertadamente que “si las decisiones de conciencia siempre surtiesen efectos justificantes, tanto el homicidio como también su impedimento serían permitidos”. De manera acertada ve una contradicción en el hecho de que, por un lado, el interés en el homicidio y, por otro, el interés en su impedimento sean más valorados que el interés contrario. Con ello se vuelve “el artículo 4.º parágrafo 1.º de la Ley Fundamental una norma de comportamiento inservible”.

Se trata de un contraargumento irrefutable, y que no carece de relevancia práctica, puesto que en cuestiones existenciales no es raro que los involucrados de ambos lados se sientan obligados por su propia conciencia. Rönnau³¹ quiere invalidar el argumento alegando que para intervenciones en bienes jurídicos de terceros no se puede recurrir al artículo 4.º de la Ley Fundamental. Pero, prescindiendo de la ya mencionada circunstancia de que con ello difícilmente le queda un ámbito de aplicación a la solución de la conformidad al derecho, dos autores de conciencia pueden enfrentarse en el caso de un bien jurídico de la colectividad (como en una disputa en torno a símbolos estatales, § 90 a parág. 2.º del StGB). Incluso el homicidio a pedido de la víctima no protege en un primer plano el interés individual de la víctima, sino el interés general adscrito al fortalecimiento del tabú de la muerte realizada por terceros.

4. Por último, tampoco favorece a la solución de la conformidad al derecho el hecho de que no se puede extraer nada del texto del artículo 4.º de la Ley Fundamental para la asignación sistemática jurídico-penal de una manifestación de conciencia que realiza un tipo. Tal norma se limita a señalar que las libertades de creencia y de conciencia

30 Schlehofer (*supra* n. 19) vor §§ 32 y ss., nm. 208.

31 Rönnau (*supra* n. 15), vor § 32, nm. 367 con nota al pie 1439.

son “inviolables”. Dado que es incuestionable la existencia de límites inmanentes para la libertad de manifestación de conciencia, se debe advertir que estos límites no pueden, de manera alguna, violar el derecho fundamental, de modo que nada impide que gradualmente se vayan elaborando límites inmanentes tanto a la posibilidad de justificar como también a la de exculpar aquellos hechos de conciencia.

III. ¿SE PUEDE EXCULPAR UN HECHO DE CONCIENCIA PENALMENTE TÍPICO?

Si, como en últimas también defiende Figueiredo Dias, queda excluida la posibilidad de una justificación de hechos de conciencia penalmente típicos, entonces se debe considerar por lo menos una posible exculpación. Esta es la solución que –con fundamentaciones muy diferentes– es defendida con mayor frecuencia en la literatura alemana, e igualmente por Figueiredo Dias con un planteamiento bastante particular.

A. La decisión del Tribunal Constitucional en el caso de la transfusión de sangre

Los defensores de esta solución pueden remitirse a una decisión del Tribunal Constitucional que ha sido bastante estudiada³². Dicha decisión es sobre un caso en el que un hombre, por razones de conciencia, se abstuvo de aconsejar a su esposa que, luego del nacimiento de su cuarto hijo, recibiera una transfusión de sangre que ella rehusaba y que le hubiese salvado la vida. Ambos cónyuges eran miembros de un grupo cristiano (de la “asociación de los hermanos evangélicos” [*evangelisches Brüderverein*]), que por motivos religiosos rechaza las transfusiones de sangre. El esposo, que fue consultado por los médicos para conseguir una manifestación de consentimiento por parte de la mujer, si bien la dejó libre para que decidiera, también le recordó que en el culto y en la biblia se enseñaba el camino de la oración y que él personalmente estaba en contra de las transfusiones de sangre.

El juez *a quo* había condenado por omisión de socorro (§ 323c del StGB). Por el contrario, el Tribunal Constitucional negó la punibilidad del hecho de conciencia realizado por el esposo, argumentando que la decisión de no aconsejar a su mujer una transfusión de sangre, si bien es “reprochable según los valores objetivamente dominantes en la sociedad [...] no es censurable a tal punto que se justifique [...] proceder contra el esposo por medio del derecho penal”. Estas formulaciones permiten distinguir una postura en la que el Tribunal Constitucional considera adecuada la posibilidad de una exculpación, mas no de una justificación.

32 BVerfGE 32, 98 y ss.

En la literatura alemana se suele relativizar la importancia de esta decisión afirmando que en absoluto se llegó al problema de la decisión de conciencia, pues el derecho de autodeterminación de la mujer, la cual también rehusaba una transfusión de sangre, bastaba para descartar su realización³³. Esto es cierto, pero únicamente excluye una punición del esposo a título de homicidio doloso por omisión, a pesar de lo cual se puede entrever una omisión de socorro (§ 323 c del StGB), pues el esposo ni siquiera trató de persuadir a su esposa (p. ej., recordándole las consecuencias para sus cuatro hijos) para que permitiese una transfusión de sangre. La renuncia a punir conforme a esta disposición solo fue posible al tener en cuenta la decisión de conciencia del esposo.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional eludió la discusión con las fundamentaciones encontradas en la literatura para la exculpación del autor de conciencia. Entre los defensores de la solución por medio de la exculpación hay planteamientos muy diversos. A continuación, se discutirán las contribuciones más recientes, confrontándolas con la opinión propia que he desarrollado.

B. Exculpación por coacción

La posición que dominaba en la literatura más antigua, y que hoy en día difícilmente encuentra defensores —o por lo menos ninguno que defienda únicamente esta tesis—, era la de que la exculpación del autor de conciencia tiene cabida principalmente desde el punto de vista de la coacción ejercida por la presión de la conciencia. En principio, esto aplica para el supuesto, fundado en las reglas de imputabilidad (§ 20 del StGB), de que “el autor de conciencia es forzado a realizar el hecho por una (más o menos) incontenible coacción, de modo que él no podría actuar subjetivamente de manera distinta de la que actuó”³⁴. En este punto, el hecho de conciencia visto como una especie de acción compulsiva se aproxima a los casos de inimputabilidad.

En contra de dicha solución es posible oponer tres argumentos; en primer lugar, entendemos el hecho de conciencia como una expresión de libre autodeterminación anímica, como algo éticamente positivo, lo cual difícilmente concuerda con la “patologización” de la decisión de conciencia, tal como si aquella fuese una especie de inimputabilidad; en segundo lugar, las experiencias del diario vivir comprueban que realmente es posible actuar en contra de la propia conciencia, pues el llamado “cargo de conciencia” o “remordimiento de conciencia”, que se experimenta cuan-

33 En este sentido, entre otros, Hirsch. *Strafrecht und Überzeugungstäter*, 1996, p. 18 (en español: “Derecho penal y autor por convicción, en *Derecho penal: obras completas*, t. ii, pp. 171-207, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, Patricia Laurenzo (trad.); Böse. *ZStW* 113 (2001), p. 71; Frisch (*supra* n. 21), p. 21.

34 Ebert. *Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung*, 1975, p. 60. Más detalles sobre esta postura en Roxin (*supra* n. 2), pp. 405 y ss.

do se actúa de manera contraria a la conciencia, demuestra que es posible apartarse de las órdenes emanadas de la conciencia, por más que este hecho conduzca a re-criminaciones internas e, incluso, se presente de manera frecuente; por último, si solamente la coacción interna, es decir, el sentimiento subjetivo de no poder actuar de manera diferente, es lo que fundamenta la exculpación, resulta difícil hacer inteligible el hecho de que los límites inmanentes de la libertad de conciencia –esto es, los intereses objetivos contrapuestos– excluyan la exculpación en la mayoría de los casos, a pesar de que la presión de la conciencia sea idéntica en todos estos casos.

Tampoco me parece defendible la opinión desarrollada primeramente por Peters³⁵, según la cual el hecho de conciencia podría ser exculpado en analogía con el estado de necesidad exculpante (§ 35 del StGB), puesto que la pérdida de la vida eterna, que amenaza a aquel que actúa en contra de su propia conciencia, equivale a un peligro para el cuerpo, la vida o la libertad, lo cual es visto por la ley como exculpante.

También existen tres reparos determinantes contra esta solución: en primer lugar, en un Estado neutral en lo ideológico –esto es, en relación con las visiones de mundo existentes– la “vida eterna” no constituye un bien jurídico que sea posible proteger mediante el derecho penal; segundo, el § 35 del StGB contiene limitaciones a la exculpación que no tienen ninguna correspondencia con el hecho de conciencia, y tercero, el autor de conciencia difícilmente será empujado a actuar por la consideración de asegurar la vida eterna (en la cual quizás incluso ni crea), pues actúa más bien en razón de un impulso ético inquebrantable³⁶.

Tenckhoff³⁷ también se inclina por la aplicación del § 35 del StGB, aunque dejando a un lado la “vida eterna”, y en su lugar hace referencia a una “enorme presión motivacional” a la que está expuesto el autor de conciencia. Resulta indiferente si en el caso concreto se llega al extremo de “no-poder-actuar-de-otra-forma”, puesto que en el marco del § 35 la ley procedería a una generalización “en la que al existir determinados presupuestos, se presume de manera irrefutable la exclusión de la capacidad de motivación”. Sin embargo, esto aplica para peligros externos, mientras que las dificultades motivacionales subjetivas recaen en el ámbito de aplicación del § 20 del StGB y para una exculpación bien presuponen un no-poder-actuar-de-otra-forma que refiere al individuo.

35 Peters. *Überzeugungstäter und Gewissenstäter, Festschrift für H. Mayer*, 1966, pp. 257 y ss. (pp. 278 y ss.).

36 Sobre el último argumento, cfr. Frisch (*supra* n. 21), p. 23, en donde se trata de manera fundada y convincente el problema de la analogía con el § 35 del StGB.

37 Tenckhoff (*supra* n. 20), p. 449.

C. La opinión propia: exculpación por ausencia de necesidad preventiva de punición

Para el tratamiento del hecho de conciencia³⁸ he recurrido directamente al artículo 4.º de la Ley Fundamental, y he deducido de aquel derecho la posibilidad de una exculpación, en tanto que los límites inmanentes impuestos a la libertad de manifestación de la conciencia no sean sobrepasados. El sobrepasar dichos límites –en mi criterio– excluye siempre la posibilidad de una exculpación, la cual deberá concederse siempre y cuando no sea necesaria una punición por razones preventivas. Con ello asocio esta postura a mi teoría de la “responsabilidad”³⁹, de acuerdo con la cual, la tercera categoría de la sistemática del delito, la que le sigue a la tipicidad y a la antijuridicidad, no presupone –como defiende la opinión tradicional– solamente la “culpabilidad” del autor, sino también una “necesidad preventiva de punición” articulada a la teoría de los fines de la pena. Un autor de conciencia que infringe una ley penal no carece de culpa, ya que le es posible actuar de otra manera; sin embargo, dado el caso, le puede faltar la necesidad preventiva de una sanción. Exceptuando lo que se refiere a la teoría de la retribución –la cual yo rechazo–, esta postura coincide con la fundamentación del Tribunal Constitucional en el caso ya expuesto de la transfusión de sangre⁴⁰, donde se indica: “La sanción penal –independientemente de su intensidad– en la elaboración de tal caso no se adecúa a ningún aspecto (retribución, prevención, resocialización del autor)”. El Tribunal Constitucional también deduce directamente del artículo 4.º parágrafo 1.º de la Ley Fundamental la necesidad de “apartarse del derecho penal” en un caso de tal naturaleza.

Además, intenté concretizar el criterio de necesidad preventiva de punición⁴¹. En el caso de bienes jurídicos de la colectividad, la existencia del Estado, su seguridad, los principios fundamentales de la Constitución y la necesidad de cumplir funciones esenciales del Estado se impone un límite a la posibilidad de exculpación. En las intervenciones a bienes jurídicos individuales, las afectaciones sustanciales de posiciones protegidas por un derecho fundamental constituyen otro límite inmanente para la exculpación de una actuación conforme a la conciencia. Por el contrario, se puede considerar la exclusión de la responsabilidad penal cuando la libertad u otros derechos fundamentales de un tercero no son afectados o solamente de manera periférica.

38 En mi estudio mencionado arriba (*supra* n. 2) y expresamente en mi manual de derecho penal AT i (*supra* n. 18), § 22, nm. 100-129.

39 Al respecto, cfr. mi manual de derecho penal AT i (*supra* n. 18), § 19, nm. 1 y ss.

40 BVerfGE 32, 98 (pp. 108 y ss.).

41 Los últimos avances están contenidos en mi manual de derecho penal AT i (*supra* n. 18), § 22, nm. 112-119. De manera similar Tenckhoff (*supra* n. 20), pp. 450 y ss., el cual, sin embargo, es algo más moderado.

Con base en estas consideraciones, en la mayoría de los casos elaborados inicialmente se puede llegar a una exculpación. En la negativa a vacunarse por razones de conciencia⁴², la posibilidad de exculpación dependerá de si la renuncia de una persona a tal vacunación representa o no un peligro para la salud de la colectividad. Cuando no fuese el caso –lo que probablemente será la regla– puede haber una exculpación; pero si tal peligro existe, se tiene que insistir en la punición porque la conservación de la salud pública constituye una de las tareas esenciales del Estado. En el caso de un homicidio a petición de un paciente que padece una terrible enfermedad terminal y no tiene como quitarse la vida a sí mismo, se puede valorar la decisión de conciencia del autor como algo que lo exenta de la pena, porque no se pasa por alto la autonomía del paciente; al contrario, es el único camino posible para materializar dicha autonomía personal. Por eso, tal caso no merece una valoración diferente a la brindada al caso de la transfusión de sangre. Aplica lo mismo que corresponde al ejemplo discutido reiteradamente en la doctrina, en el que una persona mata a tiros a otra que queda atrapada –siendo imposible rescatarla– dentro de un vehículo en llamas, bajo el pedido fervoroso de ésta, para evitarle una muerte dolorosa.

En mis otros ejemplos –irrupir en un cuartel abandonado, el uso breve de una bicicleta ajena o la injuria al crítico de Mahoma– si bien las acciones del autor de conciencia llegan a afectar la esfera jurídica ajena, no alcanzan a ocasionar un daño sensible y por eso pueden estar exentas de pena. Esto también aplica para el caso un tanto más dudoso del musulmán que comete injurias, puesto que el crítico injuriado se dirá a sí mismo que la agresión verbal se basa menos en el desprecio personal que en el dictado vinculado a la conciencia que prohíbe cualquier crítica al profeta.

La antítesis de esta concepción es que resulta imposible exculpar en los casos de intervenciones severas en posiciones ajenas protegidas por derechos fundamentales, incluso si el autor ha obrado bajo una presión de conciencia demasiado fuerte y ha buscado los más nobles propósitos. Si, en mi ejemplo, el musulmán hubiese golpeado al crítico de Mahoma, aquél tendría que ser punido por lesiones corporales (§ 223 del StGB); su conciencia religiosa solamente puede ser considerada en la graduación de la pena.

Lo mismo rige para los autores de conciencia motivados secularmente así tengan la razón: quien arrebató la botella de licor a un borracho y derrama su contenido, porque así se lo exige su conciencia para librarlo de los efectos nocivos en su salud, tiene que ser punido por daño material (§ 303 del StGB) y probablemente también por constreñimiento (§ 240 del StGB), ya que el libre desarrollo de la personalidad del afectado se protege constitucionalmente y hace intolerable tal medida paternalista.

42 Sobre la relevancia práctica de este caso, cfr. Hirsch (*supra* n. 33), p. 13, con nota al pie 28.

La concepción que se acaba de esbozar en sus lineamientos ha recibido muchas críticas en la literatura alemana, pero no rara vez ha encontrado también manifestaciones de simpatía. De esta manera, Schlehofer⁴³ propone que la exculpación dependa de una ponderación, en la cual lo decisivo radica en “si el interés en la libertad de conciencia prevalece sobre el interés en la protección penal del bien constitucional amenazado por el hecho de conciencia”. Por su parte, Kühl opina⁴⁴:

Si se restringe a casos de verdadera necesidad de conciencia y se respetan los límites del derecho fundamental a la libertad de conciencia, ser indulgentes mediante la concesión de una exculpación conduce a una concordancia práctica entre la libertad del autor de conciencia y la libertad del afectado por su acción.

Mientras que Jäger⁴⁵ dice que el artículo 4.º de la Ley Fundamental no llega a “legalizar” el punto de vista propio, sino que proporciona un fundamento para su indulgencia. Por eso le parece

... más correcto negar el merecimiento de la pena en el plano de la responsabilidad, con ello negando la culpabilidad en el sentido amplio, cuando esto fuese tolerable desde un punto de vista preventivo [...].

D. Frisch: dificultad de la acción y ausencia de necesidad de confirmación de la norma

En su más reciente estudio, Frisch⁴⁶ se acerca a la postura aquí defendida al mencionar que el supuesto de una exculpación supralegal derivada del artículo 4.º de la Ley Fundamental “en principio [es] bastante adecuada”, y al considerar también correcto “que la no punición del injusto (penal) condicionado por la conciencia del autor también tiene que ser pensada a la luz de las necesidades de confirmación de la norma por medio de la pena, y que estas necesidades están muy reducidas a (algunos) hechos de conciencia y posibilitan una renuncia a la pena”. Sin embargo, sostiene que los criterios que yo formulé son “aún demasiado imprecisos” y menciona cuatro presupuestos que a su parecer son necesarios para una exculpación⁴⁷: la enorme dificultad de actuar de manera jurídicamente correcta (1); la existencia de aspectos orientados a la conservación o a la promoción de valores jurídicos en el comportamiento del autor (2); la ausencia de una alternativa neutral frente a la conciencia (3); y, finalmente, la falta de una necesidad preventiva de reforzar una

43 Schlehofer (*supra* n. 19), vor § 32, nm. 210.

44 Kühl (*supra* n. 17), *Strafrecht AT*, § 12, nm. 114.

45 Jäger. *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., 2007, nm. 203.

46 Frisch (*supra* n. 21), pp. 25, 26.

47 *Ibid.*, p. 26, 27.

norma amenazada (4). Posteriormente se profundizará en este punto de vista en una discusión conjunta con la posición de Figueiredo Dias.

E. Figueiredo Dias: recurso a la dignidad humana y remisión analógica a las reglas para el tratamiento del error de vigencia (*Gültigkeitsirrtum*)

También Figueiredo Dias⁴⁸ llega a una solución que en parte coincide con la mía, pero que a la vez difiere un tanto de ella: rechaza una exculpación derivada del artículo 4.º de la Ley Fundamental, puesto que a su parecer “la manifestación de la libertad de conciencia siempre sobrepasa su límite inmanente cuando tal hecho [...] llega a realizar un tipo penal”⁴⁹; ve los tipos penales como límites inmanentes no solo de la legalidad de una manifestación de conciencia, sino también de su exculpación; para él no constituye un criterio orientador la falta de necesidad preventiva de punir ciertos hechos de conciencia; sin embargo, tampoco pretende descartar la posibilidad de una exculpación, por lo cual expresamente hace énfasis en que está de acuerdo conmigo en lo que se refiere a los fundamentos político-criminales de la culpabilidad y a su función en el sistema⁵⁰, y se apoya en la dignidad de la persona y en una analogía con el error de prohibición exculpante,

Lo que [...] puede cuestionar la punición de un hecho de conciencia no es la falta de necesidad preventiva de una pena, sino algo más importante en el contexto de un Estado democrático de derecho, esto es: la eminente dignidad humana del autor, que sería lesionada si en un hecho en concreto, si bien en muy pocos casos, se reacciona con una pena.

Figueiredo ve⁵¹ al autor de conciencia como alguien cohibido en una especie de “error de derecho natural”, el cual debería ser tratado, por analogía con el “error de vigencia”, como un error de prohibición, y que dado el caso podría ser exculpado.

El autor conoce la prohibición en ambos casos, pero al final niega la vigencia de la norma como norma que afecta a su comportamiento en el caso concreto. Ahora bien, si esto ocurre por razones de naturaleza jurídica (como en el caso del error de vigencia) o por razones de conciencia (como en el caso del hecho de conciencia), se tiene una diferencia estructural significativa que a pesar de todo no está en condiciones de eliminar el sentido substancialmente análogo de estos dos casos para la valoración jurídico-penal.

48 Figueiredo Dias (*supra* n. 1).

49 *Ibíd.*, p. 540.

50 *Ibíd.*, p. 542. De aquí también lo concerniente a la siguiente cita.

51 *Ibíd.*, p. 545.

En caso de que el autor llegue de esta manera a la conclusión de que la norma no vale para él en una situación concreta, Figueiredo Dias propone una exculpación si a pesar del error se puede suponer que “perdura [...] una conciencia recta” y que la actitud del autor “es aceptable a la luz del derecho o incluso digna de reconocimiento”⁵².

F. Debate con Figueiredo Dias y Frisch

En una comparación de las posturas sustentadas por Figueiredo Dias y Frisch con mi concepción, a primera vista se derivan características comunes esenciales. Si bien Figueiredo Dias quiere fundar una exculpación en la dignidad humana en lugar de hacerlo en el derecho fundamental a la libertad de conciencia, no veo en ello una diferencia considerable, puesto que tal lesión a la dignidad humana solo puede deducirse del desconocimiento de la decisión de conciencia del autor, por lo que esta decisión es la que termina siendo relevante para exculpar. Recurrir a la dignidad humana no es errado, ya que el artículo 4.º de la Ley Fundamental se plantea como una manifestación especial del derecho a la dignidad humana, pero sí representa un desvío en la dirección que conduce a la conclusión acertada. Aquí ni siquiera se presenta una verdadera “desconstitucionalización”, porque la dignidad humana – considerada como decisiva– es un valor constitucional supremo.

Algo similar aplica para la analogía que propone Figueiredo Dias con el error de prohibición. Si un autor de conciencia es exculpado, no lo es porque aquél considera inválida la norma, sino porque lo hace por razones de conciencia. En este sentido, aquí también es el artículo 4.º de la Ley Fundamental el que soporta la exculpación. Si en ambos casos Figueiredo Dias evita recurrir directamente al artículo 4.º de la Ley Fundamental, lo hace porque –como ya se dijo– cree que la remisión a este derecho fundamental lo vincula con una solución mediante la justificación. No obstante, creo haber demostrado que el recurso al artículo 4.º de la Ley Fundamental puede ser compatible con una solución por medio de la exculpación.

Las diferencias se relativizan también mediante la relación de la libertad de conciencia con la dignidad humana, en la cual se hace énfasis tanto por mi parte como por parte del Tribunal Constitucional. En esa ocasión señalé⁵³: “de la misma manera, sirve [...] al Estado de Derecho, a la dignidad humana y al progreso social cuando el Estado renuncia a la sanción penal en aquellos hechos de conciencia con los cuales el Estado puede vivir sin entregarse a sí mismo”. Por su parte, en el caso de la transfusión de sangre⁵⁴, el Tribunal Constitucional manifestó que una “punición criminal” del esposo, “que lo etiqueta como transgresor del derecho, representaría una reacción social excesiva que lesionaría con ello su dignidad humana”.

⁵² *Ibíd.*, p. 547.

⁵³ Roxin (*supra* n. 2), p. 411.

⁵⁴ BVerfGE 32, 98 (pp. 108 y ss.).

Coincido con ambos autores en considerar que los hechos de conciencia que pueden ser exculpados presentan características positivas que ocupan un rango elevado en el orden de valores de la Ley Fundamental. La libertad de creencia y de confesión, de la que se valen muchas veces los autores de conciencia, es mencionada por la Ley Fundamental como derecho fundamental autónomo junto a la libertad de conciencia. Y hechos de conciencia que promueven –por ejemplo– la paz mundial o la supresión de injusticias sociales, merecen el reconocimiento del ordenamiento jurídico. Anteriormente ya había dicho que “una decisión de conciencia, cuya manifestación hoy aún es ilícita, puede llegar a ser algún día mayoritaria y por medio de su impulso innovador contribuir a la evolución de la sociedad”⁵⁵. En gran parte, esto corresponde a la exigencia de Figueiredo Dias de que el hecho de conciencia exculpable tenga que expresar una “conciencia recta” y una actitud aceptable para el derecho o digna de reconocimiento⁵⁶. También Frisch dice más o menos lo mismo, cuando menciona como segundo presupuesto para una posible exculpación del autor “la existencia de aspectos orientados a la conservación o a la promoción de valores jurídicos”.

De igual forma, ambos autores exigen la inexistencia de alternativas neutrales para la conciencia. Además, la falta de necesidad de fortalecer la vigencia de la norma (es decir, de una necesidad preventiva de punición) es reconocida expresamente por Frisch como presupuesto para una exculpación. Si bien es cierto que Figueiredo Dias la relega a un segundo plano, detrás de la referencia a la dignidad humana y a la conciencia recta del autor, termina por volver a esta necesidad de modo indirecto, en tanto que el autor de conciencia que puede ser exculpado debe ser alguien que –desde el punto de vista del ordenamiento jurídico– tenga patente una actitud interna aceptable o incluso merecedora de reconocimiento (“conciencia recta”), circunstancia esta que hace suponer la ausencia de una necesidad preventiva de punición.

A mi parecer, la única diferencia importante en relación con ambos autores es que ellos hacen depender excesivamente la exculpación del estado de ánimo subjetivo del autor de conciencia, sin considerar suficientemente los efectos objetivos de su actuar. Esto me parece problemático si pensamos en la protección de los bienes jurídicos afectados, y además esconde el peligro de que una valoración cualitativa de la decisión de conciencia –la cual debe estar vedada al juez– termine colándose por la puerta trasera.

Si me es permitido volver a un ejemplo ya mencionado: quien por razones de conciencia arrebatada la botella de licor del borracho (o el cigarrillo del que fuma), tiene ciertamente una conciencia recta y se orienta de acuerdo a fines aseguradores por valores también resguardados por el ordenamiento jurídico (a saber, la protección de la salud). No obstante, esta persona tiene que ser punida porque su acción lesiona el

55 Roxin (*supra* n. 2), p. 411.

56 Figueiredo Dias (*supra* n. 1), p. 547.

derecho de autodeterminación del afectado de una forma intolerable. Quien no cumple un deber penalmente sancionado de vacunarse, tiene —como ya se dijo— que ser punido si por causas de salud pública se fija como necesaria una vacunación completa de toda la población; en caso contrario, esta persona puede ser exculpada. La situación referida a la conciencia del autor es idéntica en ambos casos. Las circunstancias objetivas son las que en últimas deciden sobre la posibilidad de una exculpación.

Por tal razón, pretendo exculpar solamente los casos en que el autor de conciencia interviene en los derechos de terceros o de la colectividad de modo bagatelar, es decir, cuando no son realmente comprometedores. Pienso que ambos autores no confieren a este punto de vista la atención que merece. Al proponer una analogía con el error de prohibición inevitable, Figueiredo Dias se aferra completamente al campo de la psique del autor. Igualmente, Frisch sostiene que el hecho de “estar el autor enormemente dificultado de actuar de manera jurídicamente correcta” es la principal “razón para exculpar al autor y renunciar a la pena”⁵⁷. La intensidad de la presión de conciencia bajo la que se encuentra el autor no puede ser medida e incluso se escapa de la posibilidad de una reconstrucción forense. Tampoco existe algún tipo de referencia concerniente a que el legislador quiera diferenciar entre decisiones de conciencia absolutamente concluyentes y otras menos concluyentes, y que con ello quiera entablar consecuencias jurídicas divergentes. Por lo tanto, no será posible hacer depender una exculpación del grado de premura de una decisión de conciencia.

Afortunadamente Frisch también consiente en que criterios preventivos sean tenidos en cuenta para una posible exculpación. Pero con ello piensa no tanto en la intensidad de la lesión al derecho que ha sido provocada por el autor de conciencia, sino más bien en el peligro para la vigencia de la norma en la conciencia colectiva. Por eso quiere restringir la exculpación a situaciones “relativamente extraordinarias o incluso a casos únicos e inusuales en donde las respectivas normas parezcan estar firmemente reconocidas y no se tenga que temer porque la renuncia a una reacción pueda fomentar la imitación de tales hechos”⁵⁸.

Este es con seguridad un punto de vista notable, pero me pregunto si acaso no es más importante la intensidad de la lesión al derecho. Por ejemplo, si un autor de conciencia protesta a favor de la paz mundial por medio de un “*sit-in*”, y con ello realiza el tipo penal de violación de domicilio, probablemente encontrará quien lo imite. Si se deja remover sin resistencia por parte de la autoridad competente, la perturbación por él provocada sería tan pequeña que —en mi opinión— es posible renunciar a la pena pese a que exista el riesgo de imitación. El constituyente (art. 4.º parág. 3 de la Ley Fundamental: “Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a prestar el servicio

57 Frisch (*supra* n. 21), pp. 26 y ss.

58 *Ibíd.*, p. 28.

militar armado”) incluso legitima decisiones de conciencia que –según muestra la experiencia– encuentran muchos imitadores.

Con todo esto, no quiero dar a entender que mis propuestas, dirigidas a concretar una solución por medio de la exculpación para determinados grupos de casos, responden definitivamente las cuestiones que aquí aparecen. Más bien, quiero dejar claro que una elaboración detallada de los posibles casos de exculpación relativos a la conciencia es una tarea en cuyo cumplimiento tenemos que continuar esforzándonos conjuntamente.

IV. ¿UN HECHO DE CONCIENCIA PENALMENTE TÍPICO NO DEBE SER JUSTIFICADO NI EXCULPADO?

Por último, quiero ocuparme de la teoría que sostiene que no es posible la justificación ni la exculpación de los hechos de conciencia que realizan un tipo penal. Esta postura también ha encontrado nuevos adeptos en los últimos años, fundamentalmente cuando se remiten a que la infracción de un tipo penal constituye siempre una grave violación al derecho, y por este motivo son sobrepasados los límites impuestos a la libertad de manifestación de la conciencia, lo cual repercute sin excepción en la posibilidad de exculpación. Frister lo expresa de forma más clara⁵⁹:

Cuando el legislador amenaza cierto comportamiento con una sanción, aquél está decidiendo al mismo tiempo que este comportamiento afecta la libertad u otros derechos fundamentales de terceros no solo de manera periférica [...]. Por esta razón, se debe ver al derecho penal en conjunto como una concreción de los límites inmanentes al derecho fundamental de la libertad de conciencia, de modo que una convicción derivada de la conciencia no basta para exculpar un delito.

También en Otto vemos esta postura⁶⁰: “Donde el legislador [...] no se resolvió a favor de la decisión de conciencia y donde la interpretación de una norma tampoco ofrece una posibilidad de tomar en consideración tal decisión, priman las reglas legales”. Lencker⁶¹ asume que en los hechos de conciencia por comisión siempre hay una violación a los límites inmanentes del artículo 4.º de la Ley Fundamental por lo que rechaza tanto la justificación como también la exculpación. Como máximo, en los delitos omisivos puede faltar la exigibilidad de un comportamiento diferente, algo

59 Frister. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2006, cap. 20, nm. 22.

60 Otto. *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., 2004, § 14, nm. 31; de manera detallada Otto. *Gewissensentscheidung und Rechtgeltung, Festschrift für Schmitt Glaeser*, 2003, pp. 21 y ss.

61 Schönke, Schöreder y Lencker. *StGB*, 27ª ed., 2006, vor § 32, nm. 118/119.

que ya de por sí excluye la tipicidad. De igual forma, Stratenwerth y Kuhlen⁶² admiten “solamente la posibilidad de una atenuación de la pena”.

Contra este planteamiento, de que el hecho de conciencia no tiene ninguna influencia sobre la punibilidad, se pueden formular razones contundentes tanto constitucionales (1) como también político-criminales (2).

A. Razones constitucionales contra la exclusión de cualquier posibilidad de exculpación

Las razones de derecho constitucional que –por lo menos de conformidad con el derecho alemán– contradicen la imposibilidad de cualquier exculpación pueden ser apoyadas tanto en el constituyente (a), como también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (b), al igual que en la opinión dominante dentro de la literatura de derecho constitucional (c).

a. Si las leyes penales llegasen a ser vistas como límites insuperables para cualquier exculpación de hechos de conciencia, esto significaría una restricción al derecho fundamental del artículo 4.º de la Ley Fundamental por medio de la ley ordinaria. Este tipo de restricciones están previstas en varios derechos fundamentales (p. ej., en el derecho a la libertad de expresión, art. 5.º parág. 2.º de la Ley Fundamental), sin embargo, no lo están en dicho artículo 4.º, lo cual no es ninguna casualidad, sino producto de una decisión reflexionada. La salvedad general que se previó en el proyecto de Ley Fundamental a favor de la seguridad, de la moralidad y de la salud pública fue expresamente rechazada en los debates constituyentes⁶³. Así pues, no se puede derivar mediante interpretación una salvedad legal general en la Ley Fundamental.

b. También el Tribunal Constitucional se ha negado a transferir las limitaciones constitucionales previstas para el derecho al libre desarrollo de la personalidad (por medio de los derechos de terceros, del orden constitucional y de la Ley moral, art. 2.º parág. 1.º de la Ley Fundamental) a la libertad de conciencia. Esto sería “incompatible con la relación –reconocida constantemente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional– de subsidiaridad del artículo 2.º parágrafo 1.º de la Ley Fundamental respecto de la especialidad de los derechos de libertad individual”. Ante el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el intérprete alemán no puede pasar por alto esto así de fácil.

c. Asimismo, en la literatura alemana de derecho constitucional se defiende de forma mayoritaria –lo cual no se expondrá aquí de nuevo⁶⁴– la posición según la cual los

62 Stratenwerth y Kuhlen. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 2004, § 10, nm. 117.

63 Cfr. las referencias en Roxin (*supra* n. 2), p. 395.

64 *Ibid.*, p. 395.

hechos de conciencia sencillamente no están expuestos a las mismas sanciones que el derecho penal prevé para los demás hechos.

B. Razones político-criminales contra la exclusión de cualquier posibilidad de exculpación

La argumentación jurídico-constitucional se encuentra también respaldada por razones político-criminales. Si bien es cierto que el Estado no puede ser generoso con el derecho de terceros (por lo cual se excluye la justificación de hechos de conciencia penalmente típicos), también puede ejercer su poder sancionatorio de manera tolerante. De hecho, lo hace al prever en los §§ 153 y ss. del StPO la posibilidad de sobreseimiento, incluso en casos de criminalidad intermedia, y al reconocer –ya en el derecho material– una exclusión de la responsabilidad en situaciones de necesidad (§§ 33, 35 del StGB).

Cuando Frister –que en el fondo refleja la opinión de todos los que rechazan cualquier posibilidad de exculpar hechos de conciencia– dice que la mera amenaza de pena a un comportamiento representa una prueba irrefutable de que el hecho de conciencia “afecta la libertad u otros derechos fundamentales de terceros no solo de manera periférica”, desconoce el hecho de que el texto de la mayoría de los tipos penales encierra también la inclusión de hechos de bagatela, los cuales –al menos en actuaciones condicionadas por la conciencia del autor– no merecen sanción penal. En esto radica la base por la cual considero que el ámbito de aplicación para la exculpación de hechos de conciencia es fundamentalmente allí en donde no se afecta la autonomía de nadie o en donde la intervención en el derecho de terceros es solamente bagatela y en realidad no es socialmente lesiva.

Otros ordenamientos jurídicos han reconocido esto, incluso independientemente de la existencia de un hecho de conciencia. Por ejemplo, así lo dispone el Código Penal de Polonia en su artículo 1.º § 2: “Ningún delito representa un hecho prohibido, cuando su lesividad social es bagatela”. Si conforme a esta prescripción, una exención general de la pena en casos de lesividad social bagatela es vista como indicada en términos político-criminales, tal situación tendría que aplicar ¡sobre todo para los hechos de conciencia que se encuentran constitucionalmente privilegiados!

Los que se oponen a la solución por medio de la exculpación suelen indicar que ya “las posibilidades de sobreseimiento de los §§ 153 y 153a del StPO permiten la no aplicación (conforme a la Constitución) de la correspondiente prescripción penal”⁶⁵. Sin embargo, en primer lugar, existe una diferencia relevante en términos socio-psicológicos entre ser absuelto y conseguir solo el sobreseimiento de un pro-

65 Así, Böse. ZStW 113 (2001), p. 68; Hisch (*supra* n. 33), p. 26, defiende una atenuación facultativa del marco penal.

ceso en el que se imputa un hecho que continúa siendo considerado como punible (en donde posiblemente la persona también estará bajo la imposición de cumplir determinadas exigencias); en segundo lugar, los parámetros constitucionales exigen una consideración propia del derecho material (aparte de ello, el propio legislador ordinario ha optado por una solución ajustada al derecho material para situaciones de emergencia [§§ 33, 35 del StGB]), y, en tercer lugar, el reconocimiento de una exclusión de responsabilidad propia del derecho material le ofrece a la jurisprudencia y a la ciencia la posibilidad de elaborar –con mayor precisión y capacidad de obtener consenso– criterios de exención de la pena, en casos de decisiones de conciencia, sobre los cuales incluso el presente trabajo se empeña; mientras que en el caso del sobreseimiento, todo esto queda a la discrecionalidad –ajena a cualquier control– de las partes involucradas en el proceso. Justamente en los casos de hechos de conciencia esto resulta ser inaceptable, porque en dicho ámbito existe un riesgo enorme de que la decisión sea fundamentada por medio de posturas ideológicas.

Detrás del rechazo a cualquier exculpación de hechos de conciencia existe también el temor de que la autoridad del Estado, y de las leyes, pueda llegar a verse afectada si se es tolerante con los autores de conciencia. No obstante, este temor es infundado si la posibilidad de exculpación –como aquí se propone– queda restringida a los casos en los cuales se respeta la autonomía personal del afectado, o en los que se interviene en los derechos de terceros o de la colectividad solo de manera periférica y no seriamente lesiva. Por el contrario, dicha generosidad del derecho puede fortalecer la autoridad del Estado, puesto que solamente un Estado fuerte puede permitirse –dentro de ciertos límites de tolerancia– escatimar sanciones frente a personas desviadas que incluso infrinjan las leyes penales. Un rédito de autoridad resulta además del hecho de que de esta manera el Estado puede lograr la integración –en una sociedad multicultural– de aquellos inconformistas con sus diferentes concepciones religiosas y culturales. En todo caso, con ello –acogiendo un apunte de Figueiredo Dias– se confirma de alguna forma un servicio a la dignidad humana, lo cual es honroso para cualquier Estado.

Concluyo este pequeño estudio, deseándole de todo corazón a Figueiredo Dias, en su cumpleaños número setenta, ¡felicidad, salud y muchos años más de productividad! Mi humilde propósito fue seguir adelante con la discusión internacional que sostengo con él desde hace décadas en cuestiones importantes del derecho penal en las que ambos nos ocupamos. ¡Espero emotivamente su próxima contribución a este tema!

BIBLIOGRAFÍA

Böse, Martin. “Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze”, *ZStW*, Bd. 113, 2001.

Ebert, Udo. *Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung: zugleich ein Versuch zu seiner Beurteilung de lege lata*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1975.

Figueredo Dias, Jorge de. “Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldausschluss”, en Bernd Schünemann (Hrsg.). *Festschrift für Claus Roxin zum 70 Geburtstag am 15 Mai 2001*, Berlin, De Gruyter, 2001.

Frisch, Wolfgang. “Gewissenstaten und Strafrecht”, en Andreas Hoyer et al. (Hrsg.) *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70 Geburtstag*, Heidelberg, Müller, 2006.

Frisch, Wolfgang. “Grundrecht der Gewissensfreiheit und Gewissensdruck im Strafrecht”, *GA*, 2006.

Frister, Helmut. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5, Aufl., München, C.H. Beck, 2011.

Hirsch, Hans. *Strafrecht und Überzeugungstäter: Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 13, März 1996*, Berlin, Walter de Gruyter, 1996.

Hirsch, Hans. “Derecho penal y autor por convicción”, en *Derecho penal: obras completas*, t. ii, Patricia Laurenzo (trad.), Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.

Höcker, Ralf. *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und seine Auswirkungen im Strafrecht*. Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000.

Jäger, Christian. *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., Heidelberg, Müller, 2007.

Kühl, Kristian. *Strafrecht: allgemeiner Teil*, 5, Aufl., München, Vahlen, 2005.

Otto, Harro. *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre* 7, Aufl. Berlin, De Gruyter, 2004.

Peters, Karl. “Überzeugungstäter und Gewissenstäter”, en Friedrich Geerds (Hrsg.). *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

Radtke, Henning. “Überlegungen zum Verhältnis von “zivilem Ungehorsam” zur “Gewissenstat””, en *GA*, 2000.

Rönnau, Thomas. “Vor § 32 (Kommentare)”, en H. Laufhütte, R. Saan y K. Tiedemann (Hrsg.). *Leipziger Kommentar StGB* 12, Aufl. Berlin, de Gruyter Recht, 2006.

Roxin, Claus. “Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund”, en Kaufmann et al. (Hrsg.). *Rechtsstaat und Menschenwürde, Festschrift für Werner Maihofer zum 70 Geburtstag*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1998.

Roxin, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre* 4, Aufl., Bd. 1, München, C. H. Beck, 2006.

Stratenwerth, Günter y Lothar Kuhlen. *Strafrecht Allgemeiner* 5, Aufl., Bd. 1. München, Vahlen, 2004.

Tenckhoff, Jörg. “Strafrecht und abweichende Gewissenstentscheidung”, en Norbert Glatzel y Eugen Kleindienst (Hrsg.). *Die personale Struktur des gesellschaftlichen Lebens: Festschrift für Anton Rauscher*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993.